

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

"Couvrez-vous et plaidez"

Fierens, Jacques

Published in:

Six figures de la liberté d'expression

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2015, "Couvrez-vous et plaidez": la liberté d'expression des avocats. Dans *Six figures de la liberté d'expression*. Anthemis, Limal, p. 167-191.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

«Couvrez-vous et plaidez»

La liberté d'expression des avocats

Jacques FIERENS

Professeur à l'Université de Namur, à l'Université de Liège
et à l'Université catholique de Louvain
Avocat honoraire

«Franchises, immunités, exemptions, privilèges,
que manque-t-il à ceux qui ont un titre?»

Jean de LA BRUYÈRE, *Les Caractères*, XIV, 13.

La liberté d'expression a une signification particulière lorsqu'elle concerne les avocats. Avant tout parce que leur métier consiste essentiellement à s'exprimer, d'abord au nom de quelqu'un d'autre. «*Advocatus*» signifie «appelé»¹, appelé pour dire une parole favorable à celui qui appelle. Son arme, que dis-je, sa raison d'être, est sa *vox*, sa voix qui répond à celle qui appelle, sa parole, parlée ou écrite.

Mais l'avocat est l'homme – ou, de plus en plus souvent, la femme – de toutes les contradictions. Il est ami de ce dieu bifront de la mythologie romaine qui a donné son nom au premier mois de l'année, Ianus. Il est quelque chose et son contraire en même temps. On attend de lui la vérité, il ment avec talent. Il dit fréquenter les humbles et l'orgueil est son défaut le plus évident. Il est tourné vers le passé et le froid par la jurisprudence rhumatisante provoquée par ses ancêtres et tourné vers l'avenir bouillonnant, qu'il espère plus juste pour ses enfants, par son imagination juridique et ses questions énervantes. Défenseur de la justice, il se comporte en voleur plus souvent qu'à son tour. *Advocatus, sed non latro, res miranda populo*². J'ai toujours retenu que Mohandas Gandhi,

¹ Ou «appelé à l'aide», suivant J. BOUFARTIGUE et A.-M. DELRIEU, *Étymologies du français*, t. II, *Les racines latines*, Paris, Belin, 1996, p. 121. La racine de «avoué» est la même. À l'origine, *advocatus* signifie toutefois plus généralement «homme de loi».

² «Avocat, mais pas brigand, chose étonnante pour le peuple.» Cette phrase fait partie de la légende de saint Yves (Yves Hélor de Kermartin, 1253-1303), réputé pour son attachement à la cause des pauvres. Ce lien, au moins prétendu entre la pratique du barreau et la défense des personnes démunies a fini par faire partie en principe de l'essence de la profession, comme le soulignera Napoléon dans le décret de 1810 dont il sera

le *Mahātma*, a quitté le barreau, selon ses biographes, parce qu'il était timide et « trop honnête »³. Voilà qui est flatteur pour ses ex-confrères. Désintéressé en principe, l'avocat est souvent avide d'argent. Chatouilleux quand il s'agit de son indépendance, il dépend de ses clients, de leur nombre et surtout des honoraires qu'il espère en obtenir. Indispensable à la démocratie dont il est issu, il n'hésite pas à dire constamment du mal de sa mère puisque de tout temps il a rempli un rôle politique, au sens de l'intervention dans les rapports de force entre les hommes, de la critique du pouvoir⁴. Celle-ci vise tantôt le pouvoir judiciaire lui-même, tantôt le pouvoir législatif, tantôt le pouvoir du gouvernement. Aujourd'hui, il assume ce rôle spécialement à travers les médias. L'avocat est un organe de l'appareil judiciaire, mais il est sans cesse à la marge des institutions⁵. Sa liberté, de Cicéron à mes confrères burundais auxquels je pense particulièrement au moment d'écrire ces lignes, consiste à toujours bousculer publiquement le pouvoir. C'est la raison pour laquelle tous les dictateurs du monde les détestent⁶.

Pourtant, la liberté d'expression des avocats n'est pas absolue, loin s'en faut. Il va falloir contenir la parole de cet être instable et paradoxal, indispensable mais gênant, serviteur de la justice mais manipulateur, ami de la vérité mais si habile à la taire ou à la contrefaire, serviteur des faibles par vocation mais puissant parmi les puissants par inclination.

Reste aussi à savoir qui contrôlera cette liberté d'expression, plus étendue que pour le commun des mortels, mais pas illimitée. Quel pouvoir, susceptible d'être critiqué par les avocats, leur dira-t-il légitimement de se taire ? Le pouvoir législatif qui trace les frontières ? Le pouvoir exécutif qui est souvent la première cible des avocats ? Le pouvoir judiciaire parfois tenté de se protéger lui-même ? En ce qui concerne les avocats belges, le juge ultime de la liberté d'expression des avocats est manifestement un tribunal international, la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, à travers la théorie déjà ancienne de la marge d'appréciation, qu'elle a élaborée depuis longtemps⁷, elle donne

question plus loin, et comme l'indique l'institution séculaire de l'aide juridique, aujourd'hui encore confiée aux avocats, en Belgique, par les articles 508/5 et s. du Code judiciaire.

³ J.M. BROWN, *Gandhi, Prisoner of Hope*, Yale, Yale University Press, 1991, p. 27.

⁴ On sait que *krinein*, en grec, signifie « distinguer ».

⁵ Au début du XVII^e siècle, Loisel écrit : « Comme un estat ne peut subsister sans iustice, aussi la iustice ne peut se poursuivre ny s'exercer sans l'assistance et le conseil de ses ministres, dont les advocats sont les principaux » (A. Loisel, *Pasquier, ou Dialogue des avocats du Parlement de Paris*, Paris, Videcoq, rééd., 1844, p. 14).

⁶ Voy. les informations données par le groupe LinkedIn « Avocats du monde pour la défense des droits de l'homme ».

⁷ L'expression apparaît pour la première fois en 1958 dans le rapport de la Commission dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni*, ayant son origine dans une requête de la Grèce alléguant de violations commises par le Royaume-Uni à Chypre (*Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 1958-1959, vol. 2, pp. 172-197).

un rôle important au législateur interne et aux autorités déontologiques de la profession.

La liberté d'expression de l'avocat est bornée par le respect dû aux tribunaux et aux institutions, par le respect dû aux justiciables, par le secret professionnel, par la déontologie qui inclut ou devrait inclure le respect du serment.

Je propose d'illustrer ces divers aspects à travers quelques portraits de confrères.

Section 1

Les dictateurs et les avocats : Me Jean-Jacques-Régis de Cambacérès

§ 1. La Révolution et les avocats

La vie de Jean-Jacques-Régis de Cambacérès montre qu'il est impossible d'être avocat ou de tolérer les avocats tout en étant du côté d'un pouvoir dictatorial⁸. Cambacérès naît en 1753 à Montpellier. Il ne fut que brièvement avocat, en 1771. Il avait donc dix-huit ans. Tout au long de sa vie, il sera réputé excellent juriste.

Depuis longtemps, le métier d'avocat était tenu en haute estime⁹. Il conduisait généralement à l'anoblissement et à des postes de conseiller du Roi. Cambacérès quitte pourtant le barreau, officiellement pour protester contre la « réforme Maupéou » qui intervient dans le contexte de réformes fiscales et judiciaires, et de luttes corporatistes du barreau, mais sans doute parce qu'il est trop avide de pouvoir politique¹⁰.

Vient la Révolution, accompagnée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Les avocats seront, et de loin, la profession la plus

⁸ Voy. J.-L. BORY, *Les cinq girouettes ou Servitudes et souplesses de son Altesse sérénissime le Prince archichancelier de l'Empire Jean-Jacques Régis de Cambacérès, duc de Parme*, Paris, éd. Ramsay, 1979.

⁹ Sur l'histoire du métier d'avocat, voy. J. HENRY et P. HENRY, « Je veux que l'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le Gouvernement », in *Deux siècles de libertés*, Liège, Barreau de Liège, 2011, pp. 87-120.

¹⁰ René Nicolas Maupéou avait pris le parti du roi Louis XV dans les incessantes affaires qui opposaient la Couronne aux parlements. Ceux-ci étaient à la fois des cours de justice et des institutions ayant pour rôle d'enregistrer les ordonnances royales. Ils pouvaient s'y refuser en faisant valoir des « remontrances » s'ils estimaient les ordonnances injustes et pouvaient même forcer le Roi à se rendre sur place pour tenir un « lit de justice » et imposer l'enregistrement au greffier du parlement. En dernier recours, le parlement disposait d'une arme : l'interruption de justice. Maupéou conseilla au Roi de mettre en place de nouvelles cours de justice pour remplacer les parlements. Le 23 février 1771, un édit « révolutionnaire » abolit la vénalité des charges. Les juges seraient désormais nommés, appointés et révocables. Les cadeaux ou épices furent interdits et la justice déclarée gratuite. Le droit d'enregistrement fut maintenu pour onze parlements de province et le parlement de Paris, mais les remontrances ne seraient plus publiées. Le 12 avril, les « parlements Maupéou » furent installés. Des protestations s'élevèrent de partout, notamment chez les princes du sang et dans la noblesse dont les parlements soutenaient les privilèges. Les magistrats déçus ameutèrent les plaideurs contre les nouveaux juges. C'est dans ce contexte que Cambacérès quitta le barreau avant de devenir juge.

représentée à la Constituante, puis à l'Assemblée législative, ce qui n'empêche pas que, dès le 2 septembre 1790, avant même l'abolition des corporations par la loi *Le Chapelier* du 14 juin 1791, l'Assemblée constituante décide de faire disparaître les avocats et leurs ordres : « Les hommes de loi, ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leur fonction » (article 10). Devant la carence des besoins de la défense des justiciables et l'absence de discipline des défenseurs, suite à la suppression des avocats, le décret des 29 janvier et 20 mars 1791 instituera cependant les avoués.

Au cours des siècles, d'autres régimes forts se sont empressés de supprimer les ordres d'avocats ou de tenter de les enchaîner au pouvoir¹¹.

§ 2. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la liberté d'expression

La Déclaration de 1789 consacre la liberté d'opinion, mais pour que le droit ait prise sur les opinions, il faut que celles-ci s'expriment. La liberté de pensée n'a de sens juridique que si la pensée est formulée d'une façon ou d'une autre et mise ainsi à la portée d'autrui. C'est donc logiquement que l'article 11 de la Déclaration poursuit en proclamant la liberté d'expression en ces termes : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » Aujourd'hui, de la même manière, dans la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 9 et 10 sont inséparables. Cette double liberté, en 1789, ne concerne les ci-devant avocats que comme citoyens. Remarquons au passage que la liberté d'expression est proclamée en effet d'abord comme un droit du citoyen et non comme un droit de l'homme, malgré l'emphase de la disposition, ce qui signifie que les étrangers n'en jouissent pas, et qu'il est d'emblée précisé que la loi peut la restreindre.

La liberté d'opinion et la liberté d'expression qui l'accompagne sont l'aboutissement des lointaines Guerres de religion qui ont déchiré l'Europe, l'écho de l'Édit de Nantes du 13 avril 1598¹² et le fruit du Siècle des Lumières, spéciale-

¹¹ Je me rappelle avoir assisté à la prestation de serment des premiers « défenseurs judiciaires » qui, au Burkina Faso, ont remplacé de manière éphémère les avocats lors de la prise de pouvoir par Thomas Sankara qui, pour être éclairé, n'en était pas moins un despote. L'Ordre des avocats a été rapidement rétabli après la mort de celui-ci en 1987.

¹² Article VII de l'Édit de Nantes : « Et pour ne laisser aucune occasion de troubles et différends entre nos sujets, avons permis et permettons à ceux de ladite religion prétendue réformée vivre et demeurer par toutes les villes et lieux de cestui notre royaume et pays de notre obéissance, sans être enquis, vexés, molestés ni astreints à faire chose pour le fait de la religion contre leur conscience, ni pour raison d'icelle être recherchés dans les maisons et lieux où ils voudront habiter, en se comportant au reste selon qu'il est contenu en notre présent Édit. »

ment de la pensée de Voltaire qui, toujours dans le contexte de la conquête de la liberté religieuse, s'était comporté comme un avocat dans l'affaire Jean Calas, utilisant déjà la presse pour peser sur le procès¹³.

Sans doute vivons-nous encore aujourd'hui, à l'échelle mondiale, des guerres de religion niant la liberté d'expression, surtout celle des étrangers à notre culture, et suscitant ses nouveaux défenseurs ; guerres de religion religieuses, guerres de religion économiques, guerres de religion politiques¹⁴.

§ 3. La loi du 13 mars 1804 et le décret impérial du 14 décembre 1810

Cambacérès était arrivé à Paris en 1790, où il est député de l'Hérault à la Convention. En décembre 1792, il vote la mort de Louis XVI – qui avait quatre défenseurs¹⁵ – en termes volontairement ambigus, mais vote aussi le sursis. Après Waterloo, il sera chassé de France comme régicide.

Les avocats réapparaissent en 1796. La robe sera à nouveau portée à partir de 1802.

Cambacérès se cantonne d'abord dans les travaux du Comité de législation et présente un projet de Code civil qui sera rejeté. Après la chute de Robespierre, il est le seul, avec Merlin de Douai, à être trois fois membre du nouveau Comité de salut public. En juillet 1799, l'amitié de Sieyès le fait ministre de la Justice, puis Napoléon le nomme Deuxième consul à la place de Sieyès. Le Premier consul est donc un certain Bonaparte tandis que le Troisième, Charles-François Lebrun, est l'ancien secrétaire de Maupéou qui avait provoqué indirectement la fin de l'éphémère carrière de Cambacérès comme avocat. Ce dernier encourage la proclamation du Consulat à vie puis de l'Empire. Napoléon le trouve de bon et discret conseil.

Le Premier consul à vie, qui allait être empereur deux mois plus tard, rétablit les avocats par sa loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804). L'article 29 reconnaît

¹³ Voltaire se fonde sur le « droit naturel » : « Le droit humain ne peut être fondé en aucun cas que sur ce droit de nature ; & le grand principe, le principe universel de l'un et de l'autre, est dans toute la terre, Ne fais pas ce que tu ne voudrais pas qu'on te fit. Or, on ne voit pas comment, suivant ce principe, un homme pourrait dire à un autre Crois ce que je crois & ce que tu ne peux croire, ou tu périras. » (VOLTAIRE, *Traité sur la tolérance, à l'occasion de la mort de Jean Calas*, Genève, Cramer Frères, 1763, p. 48). Contrairement à une légende, Voltaire n'a jamais écrit « Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrai jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire. » L'auteur de cette phrase est Evelyn Beatrice Hall qui l'écrit dans *The friends of Voltaire* en 1906, ouvrage dans lequel elle résume la pensée de Voltaire.

¹⁴ Il semblerait qu'après l'attentat meurtrier contre *Charlie Hebdo*, les ventes du *Traité sur la tolérance* de Voltaire aient explosé.

¹⁵ François Denis Tronchet, Chrétien Guillaume de Lamoignon de Malesherbes, Guy-Jean-Baptiste Target et Raymond de Sèze.

le titre d'avocat et instaure les tableaux. Cependant, les avocats ne représentent plus les parties et ne peuvent plaider, librement, qu'aux côtés d'un avoué.

C'est à Cambacérès que l'Empereur écrit une très fameuse lettre pendant le mois de vendémiaire an XIII (octobre 1804), la loi du 22 ventôse an XII, en son article 38, ayant prévu un décret relatif à la profession d'avocat¹⁶ :

Mon cousin,

Je reçois un projet de décret sur les avocats ; il n'y a rien qui donne au Grand juge [le ministre de la Justice] les moyens de les contenir. J'aime mieux ne rien faire que de m'ôter les moyens de prendre des mesures contre ce tas de bavards, artisans de révolutions, et qui ne sont inspirés presque tous que par le crime et la corruption. Tant que j'aurai l'épée au côté, je ne signerai jamais un décret aussi absurde ; je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement.

Ce n'est finalement que le 14 décembre 1810 qu'est promulgué le décret contenant règlement sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau, dont les modifications et l'évolution feront les principes actuels de la liberté d'expression des avocats en Belgique. Son préambule contraste avec ce que Napoléon disait des avocats dans ses dépêches non officielles, où les membres de la profession étaient traités de factieux ou d'artisans de crimes et de trahisons¹⁷, mais, à l'époque, le décret atteint son objectif de faire contrôler la parole des avocats par les juges :

Napoléon. — Lorsque nous nous occupons de l'organisation de l'ordre judiciaire, et des moyens d'assurer à nos cours la haute considération qui leur est due, cette profession, dont l'exercice influe puissamment sur la distribution de la justice, a fixé nos regards ; nous avons en conséquence ordonné par la loi du 22 ventôse an XII le rétablissement du tableau des avocats, comme un des moyens les plus propres à maintenir la probité, la délicatesse, le désintéressement, le désir de la conciliation, l'amour de la vérité et de la justice, un zèle éclairé pour les faibles et les opprimés, bases essentielles de leur état. En retraçant aujourd'hui les règles de cette discipline salutaire dont les avocats se montrèrent si jaloux dans les beaux jours du Barreau, il convient d'assurer en même temps à la magistrature la surveillance qui doit naturellement lui appartenir sur une profession qui a de si intimes rapports avec elle ; nous aurons ainsi garanti la liberté et la noblesse de la profession d'avocat, en posant les bornes qui doivent la séparer de la licence et de l'insubordination.

¹⁶ Cité par G. DUCHAINE et E. PICARD, *Manuel pratique de la profession d'avocat en Belgique*, Bruxelles, 1869, p. 14.
¹⁷ *Pandectes*, loc. cit., note 3.

Le «coupage de langues» est bien en place : l'article 37 porte que « [l]es avocats exerceront librement leur ministère pour la défense de la justice de la vérité ; nous voulons en même temps qu'ils s'abstiennent de toute supposition dans les faits, de toute surprise dans les citations, et autres mauvaises voies, même de tout discours inutile et superflu. Leur défendons de se livrer à des injures et personnalités offensantes envers les parties ou leurs défenseurs, d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des parties, à moins que la nécessité de la cause ne l'exige, et qu'ils n'en aient charge expresse et par écrit de leurs clients ou des avoués de leurs clients, le tout à peine d'être poursuivis ainsi qu'il est dit dans l'article 371 du code pénal »¹⁸. Selon l'article 38, « [l]eur enjoignons pareillement de ne jamais s'écarter, soit dans leur discours, soit dans leurs écrits, ou de toute autre manière quelconque, du respect dû à la justice ; comme aussi de ne pas manquer aux justes égards qu'ils doivent à chacun des magistrats devant lesquels ils exercent leur ministère ». L'article 39 prescrit que « [s]i un avocat, dans ses plaidoiries ou dans ses écrits, se permettait d'attaquer les principes de la monarchie et les constitutions de l'Empire, les lois et les autorités établies, le tribunal saisi de l'affaire prononcera sur-le-champ, sur les conclusions du ministère public, l'une des peines portées par l'article 25 ci-dessus ; sans préjudice des poursuites extraordinaires, s'il y a lieu. Enjoignons à nos procureurs et à ceux qui en font les fonctions, de veiller, à peine d'en répondre, à l'exécution du présent article ». Enfin, l'article 40 prévoit que « [n]otre Grand juge, ministre de la Justice, pourra, de son autorité et selon le cas, infliger à un avocat l'une des peines portées en l'article ci-dessus cité ».

La discipline est confiée à des conseils de discipline, ancêtres des conseils de l'Ordre, composés d'avocats, mais le procureur général désigne le bâtonnier et doit autoriser les assemblées générales d'avocats chargés de nommer les conseils. Le Grand juge a le pouvoir de rayer un avocat du tableau, sans même l'avoir entendu.

En avril 1814, Cambacérès sera le premier à voter la déchéance de Napoléon. Lors des Cent-Jours, il se retrouve pourtant archichancelier et ministre de la Justice. Proscrit en 1815, il va vivre à Bruxelles. Sa table y est réputée. Il se rend tous les matins de manière ostentatoire à la cathédrale Sainte-Gudule pour y entendre la messe. Il rentre à Paris en 1818. Il meurt le 8 mars 1824.

¹⁸ Le Code d'instruction criminelle du 17 novembre 1808 prévoyait en son article 311 que le président de la Cour d'assises avertira le conseil de l'accusé qu'il ne peut rien dire contre sa conscience et le respect dû aux lois, et qu'il doit s'exprimer avec décence et modération.

Section 2

L'avocat et la liberté d'expression dans le prétoire :
Me Anne Nikula

§ 1. Cette bonne vieille recherche de proportionnalité...

L'immunité de la plaidoirie existe depuis longtemps, mais elle a sans cesse été jugulée. Sous Philippe IV le Bel, une ordonnance de 1291 interdit déjà les propos injurieux et prescrit aux avocats de n'avancer que des faits exacts. Sous l'Ancien régime, les avocats «plaidaient couverts», et le port de la toque, aujourd'hui disparue, était le signe de l'immunité de leur plaidoirie. Pour donner la parole à la défense, le président pouvait dire : «Couvrez-vous, avocat.»

On a toutefois vu ce que prescrivait le décret de 1810. On discute par ailleurs depuis longtemps du droit des juges d'interrompre un avocat¹⁹, comme ce sera encore le cas dans une affaire *Kyprianou c. Chypre* soumise à la Cour européenne des droits de l'homme, dont il sera question ci-dessous.

Où en est-on aujourd'hui ? En 1994, une avocate finlandaise, Me Anne Nikula, lit devant un tribunal, et remet à celui-ci, un mémoire intitulé «Manipulation et présentation illégale de preuves». Elle critique, en sa qualité d'avocate de la défense, les décisions du procureur d'inculper telle personne, ce qui avait empêché son client de l'interroger comme témoin, et de ne pas en inculper une autre qui avait ainsi pu témoigner contre son client. La loi finlandaise autorisant l'intentement de poursuites à titre privé et poursuivie pour diffamation par ce témoin, l'avocate est condamnée à une amende et à dédommager le plaignant. La Cour suprême annule toutefois la condamnation, estimant que l'infraction revêtait un caractère mineur. En conséquence, elle supprime l'amende, mais confirme l'obligation pour la requérante de verser des dommages et intérêts.

Par arrêt du 21 mars 2002, la Cour européenne des droits de l'homme rejette l'argument de l'avocate selon lequel la liberté d'expression de l'avocat de la défense doit être illimitée, mais elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 10 de la Convention, au motif que l'arrêt de la Cour suprême n'était pas proportionné au but légitime poursuivi par l'ingérence dans le droit consacré.

Nous sommes donc en présence du fameux contrôle de proportionnalité qui ne fut nullement inventé par nos hautes juridictions internationales ou internes, mais par Platon et Aristote à la recherche d'une justice proportionnelle, une justice «royale» comme l'a écrit le premier²⁰.

¹⁹ *Pandectes, loc. cit.*, n°s 116 à 120.

²⁰ Sur l'actualité de la justice proportionnelle issue du modèle des Anciens Grecs, voy. J. FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2014, pp. 145-148.

Au passage, la Cour européenne n'exclut pas la possibilité que, dans certaines circonstances, une ingérence dans la liberté d'expression d'un avocat au cours d'un procès puisse aussi soulever une question au titre de l'article 6 de la Convention sous l'angle du droit de l'accusé, son client, à bénéficier d'un procès équitable. L'«égalité des armes» et d'autres considérations d'équité militent également en faveur d'un échange de vues libre, voire énergique, entre les parties.

§ 2. Procureurs et juges, sanctions pénales et non pénales

Dans son arrêt, la Cour mentionne une étude effectuée par *Interights*, une ONG ayant actuellement cessé ses activités, sur la liberté d'expression des avocats dans un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe (Belgique, Danemark, France, Italie, Pays-Bas, Espagne, Suède et Royaume-Uni) et d'autres États (Australie, Canada et Afrique du Sud). Il en ressort que la grande majorité d'entre eux accorde aux avocats une immunité concernant les déclarations qu'ils prononcent lorsqu'ils représentent leurs clients devant un tribunal. Bien que la portée et l'application de cette immunité diffèrent d'un système à l'autre, chacun des États en question reconnaît que la faculté pour un avocat de s'exprimer est étroitement liée à l'obligation où il se trouve de défendre son client. L'immunité relative attachée aux déclarations prétendument diffamatoires permet à l'avocat de plaider de la manière la plus efficace possible, en s'appuyant même sur des faits dont il ne peut vérifier la véracité.

Pour autant qu'il soit permis d'appliquer des restrictions aux déclarations formulées par un avocat devant un tribunal, la plupart des systèmes étudiés par *Interights* tendent à préférer les mesures disciplinaires aux sanctions pénales.

Lorsque des sanctions pénales sont en théorie permises, elles sont rarement utilisées, ou seulement dans des circonstances extrêmes et à condition que l'on puisse prouver que l'on n'est pas seulement en présence d'une simple négligence. Même lorsque les déclarations d'un avocat peuvent en principe faire l'objet de restrictions, on ne recourt d'ordinaire à de telles mesures que lorsque les propos sont non seulement diffamatoires, mais aussi totalement dénués de rapport avec la procédure ou les parties.

De plus, presque tous les systèmes étudiés par *Interights* reconnaissent la différence fondamentale qui existe entre le rôle du procureur et celui du juge. Cette distinction confère de manière générale une meilleure protection aux déclarations critiques envers le procureur dans le cadre des affaires pénales. Dans un arrêt *Roland Dumas c. France* du 15 juillet 2010, la Cour répètera qu'un avocat de la défense jouit d'une grande latitude, au nom de l'égalité des armes, pour formuler des critiques à l'égard d'un procureur²¹.

²¹ § 48.

Toujours dans l'arrêt *Nikula*, la Cour européenne fait allusion à diverses normes internationales en la matière, non contraignantes. Aux termes du paragraphe 20 des principes de base relatifs au rôle du barreau, adoptés en 1990 par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, les avocats doivent bénéficier « de l'immunité civile et pénale pour toute déclaration pertinente faite de bonne foi dans des plaidoiries écrites ou orales ou lors de leur parution es qualités devant un tribunal ou une autre autorité juridique ou administrative ».

Dans sa Recommandation (2000)21, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe recommande aux gouvernements des États membres de prendre ou de renforcer, selon le cas, toutes les mesures qu'ils jugent nécessaires pour mettre en œuvre la liberté d'exercice de la profession d'avocat. Par exemple, « les avocats ne devraient pas subir ou être menacés de subir des sanctions ou faire l'objet de pression d'aucune sorte lorsqu'ils agissent en conformité avec la déontologie de leur profession ». Néanmoins, les avocats devraient « respecter l'autorité judiciaire et exercer leurs fonctions devant les tribunaux en conformité avec la législation et les autres règles nationales et la déontologie de leur profession »²².

D'autres arrêts sont venus compléter l'enseignement de l'arrêt *Nikula*. Dans une affaire *Steur c. Pays-Bas*, le requérant, avocat, avait été reconnu coupable d'une infraction disciplinaire par le Conseil de discipline de La Haye, au motif qu'il avait déclaré, dans une note de plaidoirie déposée, que son client avait subi des pressions inacceptables de la part d'un inspecteur de police, destinées à provoquer la formulation de déclarations auto-incriminantes dont son client ne pouvait mesurer la portée, compte tenu de l'absence d'un interprète. Le Conseil de discipline avait estimé que l'avocat avait formulé une assertion qui ne trouvait aucun appui dans les faits et conclu que le requérant avait ainsi transgressé les limites de l'acceptable et agi en contradiction avec les règles qu'est censé observer tout avocat qui se respecte. La Cour de discipline confirma la sentence. Par arrêt du 28 octobre 2003, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir rappelé les principes énoncés dans l'arrêt *Nikula*, décide que le gouvernement n'a pas fait état de raisons suffisamment fortes pour justifier en l'espèce l'atteinte portée à la liberté d'expression du requérant. Cette atteinte ne répondait dès lors à aucun « besoin social impérieux ». Elle ajoute que la seule menace d'un contrôle *ex post facto* des critiques formulées par un avocat à l'endroit de la manière dont les preuves ont été obtenues de son client se concilie difficilement avec l'obligation qui pèse sur chaque avocat

²² Principes I.4 et III.4.

de défendre les intérêts de celui-ci, et qu'elle peut avoir un effet « inhibant » sur l'exercice par l'intéressé de ses obligations professionnelles.

Dans un arrêt de grande chambre du 15 décembre 2005, *Kyprianou c. Chypre*, la Cour européenne redira que tout avocat, lorsqu'il défend un client en justice, en particulier dans le cadre de procès contradictoires au pénal, peut se retrouver dans la situation délicate de devoir décider s'il doit ou non s'opposer à l'attitude du tribunal ou s'en plaindre, tout en gardant à l'esprit les intérêts de son client. Or il est inévitable que l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un avocat emporte, par sa nature même, un « effet dissuasif », non seulement sur l'avocat concerné, mais aussi sur la profession dans son ensemble. Les avocats peuvent par exemple se sentir restreints dans leurs choix de plaidoiries, de stratégies procédurales, etc., pendant l'instance, éventuellement au détriment de la cause de leur client. Pour avoir confiance dans l'administration de la justice, le public doit avoir confiance en la capacité des avocats à représenter effectivement les justiciables.

La Cour européenne revient sur le lien existant entre la liberté d'expression de l'avocat et le droit au procès équitable des justiciables. Dans certaines circonstances, en effet, l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un avocat peut avoir des implications non seulement pour les droits de l'avocat au regard de l'article 10, mais aussi pour le droit de son client à bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6. Il s'ensuit que tout « effet dissuasif » est un facteur important à prendre en compte pour ménager un juste équilibre entre les tribunaux et les avocats dans le cadre d'une bonne administration de la justice²³.

§ 3. Un cas n'est pas l'autre

Plus récemment, dans une décision d'irrecevabilité du 27 janvier 2015, *Fuchs c. Allemagne*, la Cour européenne estime par contre que la défense des intérêts de son client ne conférait pas à l'avocat le droit de sous-entendre devant un tribunal national qu'un expert chargé par le ministère public de décrypter des fichiers de données dans une affaire de pédopornographie falsifiait des preuves. Les déclarations de l'avocat ne visaient pas à critiquer objectivement le travail de l'expert dans l'affaire de son client, mais à le déprécier de manière générale et à décréter que ses conclusions étaient inutilisables. La Cour estime que les experts assermentés doivent être en mesure d'accomplir leurs tâches sans subir des perturbations indues si l'on veut qu'ils s'acquittent convenablement de leurs fonctions.

²³ § 175.

§ 4. Les règles applicables en Belgique

En Belgique, lors de la période hollandaise, hormis quelques adaptations dont l'obligation pour tous les avocats de prêter à nouveau serment, la législation impériale avait continué à régir les barreaux des Pays-Bas et était restée un instrument de pouvoir pour Guillaume I^{er}. Il ne manqua pas de s'en servir, notamment contre Me Vanderstraeten du barreau de Bruxelles, qui avait critiqué ses ministres dans un livre, puis contre les sept défenseurs de celui-ci, tous emprisonnés. Après l'indépendance, un arrêté royal du 5 août 1836 modifie le décret de 1810 en abrogeant la nomination du bâtonnier et des membres du conseil de discipline par le procureur général et en limitant le pouvoir du ministre de la Justice. Le Code pénal de 1867 permet encore aux juges d'ordonner des mesures disciplinaires contre les avocats, mais supprime les sanctions pénales. Le Code judiciaire de 1967 apporte les dernières modifications au régime de l'immunité de la plaidoirie.

Aujourd'hui, celle-ci est consacrée par l'articulation des articles 444 et 445 du Code judiciaire et par l'article 452 du Code pénal. Elle n'est pas absolue et des propos excessifs, verbaux ou écrits, peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires, pénales et civiles²⁴ :

Article 444 du Code judiciaire – Les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité.

Ils doivent s'abstenir d'avancer aucun fait grave contre l'honneur et la réputation des personnes à moins que la nécessité de la cause ne l'exige et sous la réserve des poursuites disciplinaires et de l'application de l'article 445, s'il y a lieu.

Article 445 du Code judiciaire – Si un avocat, dans ses plaidoiries ou dans ses écrits, attaquant méchamment la Monarchie, la Constitution, les lois du peuple belge ou les autorités établies, le tribunal ou la cour qui connaît de l'affaire pourrait faire dresser procès-verbal par le greffier et saisir de l'incident le conseil de l'Ordre dont relève l'intéressé.

Article 452 du Code pénal – Ne donneront lieu à aucune poursuite répressive les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, lorsque ces discours ou ces écrits sont relatifs à la cause ou aux parties.

²⁴ Pour plus de développement sur l'immunité de la plaidoirie en droit interne, voy. B. VANHAM, « La plaidoirie libre dans le prétoire », in Th. LAGNEAUX (coord.), *La parole de l'avocat. De la liberté d'expression au pouvoir d'indignation*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 13-32. À juste titre, l'auteur distingue « les » immunités (relatives) de plaidoirie : immunité pénale, immunité civile et immunité disciplinaire. Voy. aussi R.P.D.B., *Compl.*, t. VI, 1983, v° *Avocat*, n°s 327-341bis. Sur la jurisprudence interne, voy. J. HENRY et P. HENRY, « Je veux que l'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le Gouvernement », *op. cit.*

Les imputations calomnieuses, injurieuses ou diffamatoires étrangères à la cause ou aux parties pourront donner lieu soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties ou des tiers²⁵.

Les limites de la liberté d'expression des avocats dans le prétoire sont donc, selon la loi interne, l'honneur et la réputation des personnes, ou, en termes pénaux, les imputations calomnieuses, injurieuses ou diffamatoires, mais uniquement si la mise en cause n'est pas nécessaire ou étrangère à la cause ou aux parties. Sont proscrites également les attaques de la Monarchie, de la Constitution, des lois du peuple belge ou des autorités établies, mais à condition que l'intention méchante existe dans le chef de l'avocat concerné.

Telles sont les limitations directes et explicites de la liberté de plaidoirie. Toutefois, la liberté d'expression de l'avocat est aussi indirectement limitée par le secret professionnel, par le serment qu'il a prêté et par l'interdiction de manifester à l'audience ses propres convictions religieuses.

§ 5. Le secret professionnel

Le secret professionnel de l'avocat, sujet qui a donné lieu à une abondante littérature²⁶ et, lui aussi, à de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour constitutionnelle, s'impose évidemment tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du tribunal. Il concerne la plaidoirie en ce sens qu'un avocat n'a pas le droit de révéler dans le prétoire, même de l'accord de son client, ce qu'il tient des confidences reçues si cette divulgation s'oppose aux intérêts de celui-ci. Pour le dire de manière inverse, le secret couvre tout ce qui a un caractère intime et que le client a un intérêt moral ou matériel à ne pas révéler²⁷.

§ 6. La fidélité au serment

On oublie souvent que la liberté d'expression des avocats est en principe aussi restreinte par le respect du serment dont le texte est, en droit belge, le suivant : « Je jure fidélité au Roi, obéissance à la Constitution et aux lois du peuple

²⁵ L'article 452 du Code pénal ne concerne pas seulement les avocats, mais également les dépositions des témoins.

²⁶ Voy., pour une étude récente en Belgique, I. BOUIOUKIEV (coord.), *Les secrets professionnels*, Limal, Anthémis, 2015, pp. 13-32 (spécialement le chapitre relatif au secret professionnel des avocats, dû à la plume de P. NEUVILLE); également J. HENRY, « Secret professionnel, liberté d'expression et périmètre de la profession », *J.L.M.B.*, 2012/2, pp. 73-79.

²⁷ R.P.D.B., *Compl.*, t. VI, v° *Avocat*, *op. cit.*, n° 246. Le secret ne peut céder que pour répondre aux exigences strictement nécessaires à la propre défense de l'avocat devant une juridiction. Toutefois, même dans cette situation, ce dernier ne pourra révéler que ce qui doit précisément servir à sa défense.

belge, de ne point m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques, de ne conseiller ou défendre aucune cause que je ne croirai pas juste en mon âme et conscience.»²⁸ Un avocat ne peut plaider contre sa conscience, ce qui veut aussi dire qu'il ne peut délibérément présenter comme vrai ce qu'il sait être faux. Vieux problème que Thomas d'Aquin discutait déjà, dans la *Somme théologique*, à propos du droit éventuel de l'avocat de défendre une cause injuste²⁹. Toutefois, on ne connaît aucun exemple de sanction du non-respect de son serment par un avocat, en sorte que l'on peut douter de la juridicité de la règle qui paraît se réduire à une injonction éthique. On en arrive à se demander si la prestation du serment n'est pas une règle simplement formelle. Ceux qui vous diront que, de toute façon, chacun a sa conscience, qu'on n'est pas sûr d'avoir une âme et que la justice est un concept insaisissable sont des sophistes. J'ai toujours été frappé par la similitude entre les opinions des adversaires de Socrate, capables de vider les mots de leur sens, et les propos si souvent entendus, en attendant mon tour à l'audience, dans la bouche de mes confrères.

²⁸ Article 429, alinéa 2, du Code judiciaire. Le décret impérial du 14 décembre 1810 contenant règlement sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau, ultérieurement modifié par l'arrêté royal du 20 juillet 1831, ajoutait : « Je jure obéissance aux constitutions de l'Empire et fidélité à l'Empereur, de ne rien dire ou publier de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État et à la paix publique. » Pour donner quelques exemples, en France, le serment est le suivant : « Je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. » En Allemagne : « Je jure devant Dieu tout-puissant et omniscient de ne pas porter atteinte à l'ordre constitutionnel et d'accomplir les devoirs de l'avocat, aussi vrai que Dieu m'assiste. » Au Luxembourg : « Je jure obéissance à la Constitution et fidélité au Grand-Duc; de ne rien dire ou publier de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État et à la Paix publique; de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques; de ne conseiller ou défendre aucune cause que je ne croirais pas juste en mon âme et conscience. » Au Québec, l'impétrant doit prononcer deux serments : l'un d'allégeance, l'autre d'office. « Je jure que je serai loyal et porterai vraie allégeance à l'autorité constituée et que je remplirai les devoirs de la profession avec honnêteté et justice ». Parallèlement : « Je jure que je remplirai les devoirs de la profession d'avocat avec honnêteté, fidélité et justice. Je maintiendrai dans mes actes et mes paroles une attitude et une conduite respectueuses envers les personnes chargées de l'administration de la justice. »

²⁹ *Somme théologique*, IIa IIae, Q. 71, « Les injustices commises par les avocats », article 3 : « Solutions : 1. Le médecin qui entreprend de soigner une maladie désespérée ne fait de tort à personne. Au contraire, l'avocat prenant en main une cause injuste lèse la partie contre laquelle il plaide. Il n'y a donc pas de comparaison. Si l'éclat de son talent semble mériter les louanges, sa volonté pèche contre la justice en abusant de son talent au service du mal. 2. L'avocat qui accepte de défendre une cause qu'il croit d'abord juste et dont il découvre au cours du procès qu'elle est injuste, ne doit pas la trahir, par exemple, en venant en aide à la partie adverse, ou en révélant à celle-ci les secrets de son client. Cependant il peut et il doit abandonner cette cause, ou bien il peut engager son client à renoncer ou à composer, sans préjudice pour la partie adverse. 3. Nous avons montré plus haut que le général et le soldat peuvent agir avec ruse au cours d'une guerre juste, en dissimulant habilement leurs plans à l'ennemi, sans toutefois que cette dissimulation aille jusqu'à la perfidie, car, comme l'observe Cicéron : "Même envers les ennemis il faut rester loyal." De même l'avocat, en défendant une cause juste, pourra-t-il cacher prudemment ce qui pourrait nuire à son procès, mais il ne lui est pas permis de mentir. »

§ 7. L'expression par l'avocat de ses convictions religieuses

Une question particulière a été débattue en Belgique, à propos de l'expression des convictions religieuses des avocats par le port d'un signe religieux. En septembre 2009, une jeune femme ayant obtenu un master en droit et souhaitant s'inscrire à la liste des avocats stagiaires demande au Conseil de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles d'être autorisée à porter le voile musulman dans l'exercice quotidien de sa future profession d'avocat, notamment lorsqu'elle plaidera devant les cours et tribunaux³⁰. Une telle demande sera introduite à nouveau en 2013 par une autre jeune diplômée en droit.

Le Conseil de l'Ordre n'a pas discuté la signification du foulard islamique ni la question de l'inégalité entre hommes et femmes qu'il pourrait signifier, contrairement à ce qu'a fait la Cour constitutionnelle dans son arrêt 145/2012 du 6 décembre 2012 ou la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014³¹ et dans les arrêts qui ont précédé celui-ci.

Les autorités ordinales ont répondu, du point de vue déontologique, que dans l'exercice public de sa charge, l'avocat doit s'abstenir du port de tout signe distinctif d'origine religieuse, philosophique, politique ou culturelle. La motivation de la décision a été prise du principe d'égalité et d'indépendance des avocats. Le Conseil de l'Ordre a considéré par ailleurs que l'avocat est un des acteurs d'une justice indépendante et que le principe d'indépendance impose que, notamment dans l'exercice de ses fonctions de représentation de ses clients, il ne fasse état ni n'exprime d'une manière ou d'une autre ses conceptions philosophiques, politiques, religieuses ou culturelles. Argument a aussi été pris, plus formellement, de l'article 441 du Code judiciaire et de l'arrêté royal du 30 septembre 1968 déterminant le costume prescrit pour les avocats, et de l'article 759 du Code judiciaire disposant quant à lui que « [c]elui qui assiste aux audiences se tient découvert ».

Le Conseil a rappelé que l'avocat bénéficie du monopole de la plaidoirie devant les juridictions³², et il a considéré que ce monopole entraîne des obligations, dont celle de ne défendre ses clients qu'avec le verbe et l'écrit et sans recours à des signes distinctifs ou à des symboles d'appartenance à un groupe ou à une communauté déterminés.

³⁰ *Recueil des règles professionnelles*, n° 148.

³¹ Notons au passage que la Cour avait envisagé l'interdiction du voile intégral par une loi française sous l'angle des articles 8 et 9 de la Convention, et dit, à l'unanimité, qu'aucune question distincte ne se posait sur le terrain de l'article 10 de la Convention, pris isolément ou combiné avec l'article 14. Voy. sur cette jurisprudence, la contribution de N. RENUART dans le présent ouvrage.

³² Article 440 du Code judiciaire. On sait que la loi institue des exceptions.

Le Conseil de l'Ordre avait déjà rappelé que la robe d'avocat se porte sans décoration, ni signe distinctif apparent, ni bijoux, notamment d'ordre religieux, philosophique ou politique³³. À propos de la kippa, la commission de déontologie de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles avait aussi affirmé en janvier 2007 que les avocats ne peuvent porter aucun signe ostentatoire montrant une appartenance religieuse.

Le contrôle de la légalité du port éventuel devant les tribunaux du foulard islamique ou de la kippa par les membres du barreau et de la compatibilité de l'interdiction avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, relève de la compétence des cours et tribunaux.

Ces arguments semblent très convaincants jusqu'à ce qu'on s'aperçoive qu'une avocate a plaidé avec un voile islamique devant la Cour pénale internationale, dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba Gombo*, sans que cela ne suscite aucune réaction particulière.

Section 3

La critique des autorités judiciaires par les avocats-citoyens : Me Piero Antonio Peruzzi

Qu'en est-il d'une critique formulée à propos d'une affaire déterminée, mais en dehors du prétoire, à l'égard de certains magistrats ? Qu'en est-il pour les faits dénoncés ou pour les jugements de valeur exprimés par un avocat même en dehors du prétoire, mais dans le cadre de son activité professionnelle ? Qu'en est-il d'un avocat qui fait état de son titre, mais pour émettre une opinion dans un domaine qui n'est pas celui de sa profession (par exemple un avocat en campagne électorale)³⁴ ?

D'une manière générale, si la Cour européenne des droits de l'homme se montre tolérante à l'égard des propos tenus ou écrits dans le cadre d'une audience, elle se montre plus restrictive, ou du moins nuancée, à l'égard des propos tenus en dehors du prétoire. Elle protège cependant avec davantage d'intensité les propos « extérieurs » liés à la défense d'un client déterminé, considérant que cette défense peut aussi se développer devant la presse³⁵.

³³ Lettre du barreau, 2002-2003, n° 3, p. 223.

³⁴ Voy. F. JONGEN, « La liberté d'expression hors du prétoire », in Th. LAGNEAUX (coord.), *La parole de l'avocat. De la liberté d'expression au pouvoir d'indignation*, op. cit., pp. 33-50.

³⁵ Voy. aussi Cour eur. D.H., 13 décembre 2007, *Foglia c. Suisse*, en cause d'un avocat suisse accusé de ne pas s'être borné à défendre ses clients, mais d'avoir déclenché une campagne médiatique contre la banque et ses dirigeants en diffusant des informations, en vue de porter atteinte à son image. Le Tribunal fédéral conclut que le rôle joué par le requérant vis-à-vis de la presse avait outrepassé les limites de la défense de ses clients. La Cour a estimé qu'il n'y avait pas « un besoin social impérieux » de restreindre la liberté d'expression du requérant et

En septembre 2001, un avocat italien, Me Piero Antonio Peruzzi, envoie au Conseil supérieur de la magistrature de son pays un courrier dans lequel il se plaint du comportement d'un juge. Il communique ensuite cette lettre à plusieurs magistrats du même tribunal sans toutefois mentionner explicitement le nom du juge concerné. Il évoque longuement, dans cette missive, le parti-pris de celui-ci dans une affaire, son arrogance, des décisions « se rapprochant de l'arbitraire », un mépris pour le travail des avocats, des erreurs « volontaires ». Le magistrat porte plainte pour diffamation. L'avocat est condamné de ce chef en première instance et en appel, et tenu de verser 15.000 euros à la partie civile. Son pourvoi en cassation est rejeté. Un recours est introduit à Strasbourg.

Par arrêt du 30 juin 2015, la Cour estime qu'il lui incombe de déterminer si les motifs invoqués par les autorités nationales pour justifier l'ingérence dans la liberté d'expression apparaissent « pertinents et suffisants » et si la mesure incriminée était « proportionnée aux buts légitimes poursuivis ». Il y a lieu, selon elle, de distinguer entre déclarations factuelles et jugements de valeur³⁶. Si la matérialité des faits peut se prouver, les seconds ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude et dans ce cas l'obligation de preuve, impossible à remplir, porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même, élément fondamental du droit garanti par l'article 10. Toutefois, même lorsqu'une déclaration équivaut à un jugement de valeur, elle doit se fonder sur une base factuelle suffisante, faute de quoi elle serait excessive.

La Cour rappelle les principes exprimés dans ses arrêts et décisions précédents : le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau. En outre, l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un État de droit, a besoin de la confiance du public. Eu égard au rôle-clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci. Malgré ce qu'il soutient, le requérant ne critiquait pas le système judiciaire dans son ensemble, mais visait spécialement un magistrat. La Cour conclut qu'il n'y a pas eu de violation de l'article 10 de la Convention.

que les autorités nationales n'ont pas fourni des motifs « pertinents et suffisants » pour la justifier. Le requérant n'ayant pas dépassé les limites de la critique permise par l'article 10 de la Convention, on ne saurait considérer que l'ingérence incriminée était « nécessaire dans une société démocratique ».

³⁶ Notre Code pénal belge fait une distinction semblable en érigeant en infractions distinctes la calomnie et la diffamation (article 443 du Code pénal).

Section 4

L'avocat et les médias : Me Olivier Morice

L'utilisation de la presse par les avocats est aussi ancienne que la presse. En 1774, le jeune et très controversé Me Simon-Nicolas Henri Linguet, en France, s'inscrit dans la défense d'une jeune protestante dont le mariage avec un riche noble, célébré par un pasteur, n'est pas reconnu suite à la révocation de l'Édit de Nantes (tiens, encore les Guerres de religion). Après que le couple a eu un enfant, le riche noble soutient que c'est faussement qu'il a affirmé appartenir à la religion réformée au moment du mariage et que celui-ci n'est pas valide. Le peuple, suite aux déclarations et publications de Me Linguet, a pris parti pour la jeune femme (j'aurais fait de même) et quand l'affaire vient devant la Grand'Chambre, la foule prend le Palais d'assaut. Le procès est néanmoins perdu. Linguet réitérera ses attaques par voie de publication dans d'autres procès, contre un avocat général, contre un de ses adversaires et finira exclu du barreau, après avoir été défendu par un confrère qui s'appelait... Jacques Vergès. L'arrêt *Penuzzi* contraste avec un arrêt *Morice c. France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, réunie en grande chambre, peu de temps auparavant, le 23 avril 2015. La condamnation en diffamation prononcée à l'encontre de l'avocat parisien Olivier Morice porte selon elle atteinte à l'article 10 de la Convention européenne. Un avocat, comme n'importe qui d'autre, a le droit de participer à un débat d'intérêt général, surtout lorsqu'il s'agit de discuter de l'indépendance de la justice dans le cadre très médiatisé de l'affaire Borrel³⁷. Le 19 octobre 1995, le juge Bernard Borrel, magistrat détaché par la France auprès du ministre de la Justice de Djibouti en tant que conseiller technique, fut retrouvé mort, à demi dénudé et en partie carbonisé. L'enquête diligentée dans les jours qui suivirent par la gendarmerie de Djibouti conclut au suicide par immolation. Contestant la thèse du suicide, la veuve de Bernard Borrel, Elisabeth Borrel, également magistrat, déposa une plainte pour assassinat, avec constitution de partie civile, en son nom et celui de ses deux enfants mineurs, contre personne non dénommée. Elle désigna Me Morice pour la représenter dans le cadre de cette procédure. Après diverses péripéties et le dessaisissement du juge d'instruction, le journal *Le Monde* publia un article dans lequel les

³⁷ La Cour européenne a déjà été saisie, à deux reprises, du débat auquel a donné lieu l'affaire Borrel. Dans deux arrêts *July et Sarl Libération* du 14 février 2008, puis *Floquet et Esménard* du 10 janvier 2012, la Cour s'est prononcée sur des actions en diffamation introduites par les deux mêmes juges d'instruction mis en cause cette fois par des journalistes. Par deux fois, la Cour a estimé que le débat sur l'impartialité de la justice est un débat d'ordre général. Dans l'affaire *Floquet et Esménard*, elle a rendu une décision d'irrecevabilité, estimant qu'une partie des propos tenus par les requérants ne reposaient pas sur des faits précis. Dans l'affaire *July et Sarl Libération*, la Cour a, au contraire, sanctionné la condamnation des requérants, la manière dont ils avaient relaté les faits reposant sur des faits avérés.

avocats de la veuve mettaient vivement en cause deux magistrats. L'une était accusée d'avoir «un comportement parfaitement contraire aux principes d'impartialité et de loyauté» et d'avoir omis de coter et de transmettre une pièce de procédure à son successeur.

Sur plainte des magistrats en question, Me Morice fut condamné en première instance et en appel. L'arrêt fut cassé. Sur renvoi, par arrêt du 16 juillet 2008, la Cour d'appel de Rouen condamna l'avocat, du chef de diffamation, au paiement d'une amende de 4.000 euros et confirma sa condamnation solidaire avec ses coprévenus à payer 7.500 euros de dommages-intérêts à chacun des juges mis en cause, et à publier un communiqué dans le quotidien *Le Monde*. Un nouveau pourvoi fut cette fois rejeté.

La chambre de la Cour européenne d'abord saisie avait conclu, le 11 juillet 2013, à une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, mais avait estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article 10 parce que, à ses yeux, Me Morice s'était effectivement rendu coupable de diffamation. La grande chambre, tout en maintenant le constat de violation de l'article 6, § 1^{er}, considère au contraire que l'avocat a usé normalement de sa liberté d'expression, dans la mesure où il participait au débat public sur l'impartialité des juges. La Cour note que sa propre jurisprudence se montre très réticente à admettre des ingérences lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général. Dans son arrêt *Roland Dumas c. France* du 15 juillet 2010, déjà cité, elle avait relevé que des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire relèvent d'un tel sujet d'intérêt général, quand bien même le procès ne serait pas terminé, quand bien même les propos tenus seraient particulièrement graves, voire hostiles.

Cette jurisprudence indique que la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut exister que si les accusations formulées à l'encontre du système judiciaire sont étayées par des éléments factuels indiscutables. L'avocat intervient alors dans un débat d'intérêt général, comme un professionnel de la justice qui a le droit de critiquer le fonctionnement du service public judiciaire et comme un citoyen désireux de dénoncer une atteinte à l'impartialité du système judiciaire.

Un arrêt *Schöpfer c. Suisse* de la Cour européenne des droits de l'homme, du 20 mai 1998, concernait déjà un avocat ayant dénoncé par voie de presse ce qu'il voyait comme des dysfonctionnements du système judiciaire, mais la Cour européenne ne lui avait pas donné raison. Aloïs Schöpfer avait tenu en 1992 une conférence de presse au cours de laquelle il déclara notamment qu'à la préfecture de Hochdorf, tant les lois du canton de Lucerne que les droits de l'homme étaient, depuis des années, violés au plus haut point. Il avait précisé qu'il s'adressait à la presse parce qu'elle constituait son ultime recours. Plusieurs journaux firent état de ses griefs.

L'Autorité de surveillance des avocats à Lucerne informa Me Schöpfer que son comportement était de nature à soulever certaines questions déontologiques, relatives notamment à la nécessaire discrétion au sujet de procédures pendantes et à la publicité clandestine. Elle infligea finalement à l'avocat une amende de 500 francs suisses pour manquement aux règles de déontologie de la profession. L'intéressé intenta contre cette décision un recours de droit public, que le Tribunal fédéral rejeta.

La Cour européenne des droits de l'homme souligne dans son arrêt que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression. Il va également sans dire que la liberté d'expression vaut aussi pour les avocats, qui ont certes le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, mais dont la critique ne saurait franchir certaines limites. À cet égard, il convient de tenir compte de l'équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu, parmi lesquels figurent le droit du public d'être informé sur les questions qui touchent au fonctionnement du pouvoir judiciaire, les impératifs d'une bonne administration de la justice et la dignité de la profession d'avocat³⁸. Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager. C'est pourquoi ils jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence en la matière, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur les normes pertinentes et sur les décisions les appliquant. Eu égard aussi à la modicité de l'amende imposée à l'intéressé, la Cour estime que les autorités n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en sanctionnant Me Schöpfer. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 10.

La Cour européenne a encore statué dans d'autres affaires mettant en cause des avocats qui s'étaient exprimés dans les médias³⁹. Dans une affaire *Zihlmann c. Suisse*, un avocat avait, par communiqué de presse, virulemment critiqué le ministère public et la justice parce que son client était détenu depuis cinq ans dans le cadre d'une longue instruction. L'avocat avait été condamné disciplinairement. La Cour européenne, dans un arrêt du 28 juin 1995, a estimé que les règles déontologiques l'obligeaient à faire preuve d'une certaine retenue dans ses déclarations publiques, plus précisément en se montrant objectif et en utilisant une formulation neutre.

³⁸ La Cour mentionne ses arrêts *Casado Coca c. Espagne*, § 55, et *De Haes et Gijssels c. Belgique*, § 37.

³⁹ Notons également que les avocats peuvent prendre part à la critique de la justice par d'autres moyens que les médias, tout en bénéficiant d'une protection particulière au regard de leur liberté d'expression, comme par la participation à des manifestations. Voy. Cour eur. D.H., 26 avril 1991, *Ezelin c. France*, et Cour eur. D.H., 5 décembre 2006, *Oya Ataman c. Turquie*.

Dans une affaire *Amihalachioaie c. Moldavie*, la Cour a décidé par arrêt du 20 avril 2004 qu'il n'y avait pas «un besoin social impérieux» de restreindre la liberté d'expression de l'avocat qui avait critiqué une décision de la Cour constitutionnelle.

La Cour considéra également, dans un arrêt *Foglia c. Suisse* du 22 novembre 2007, qu'il était contraire à l'article 10 d'infliger une amende et de condamner au disciplinaire un avocat qui avait critiqué une banque dans les médias, dans le cadre d'une affaire très médiatique de détournement couplée avec un assassinat. Dans une affaire *Coutant c. France*, une avocate avait dénoncé «l'infamie des procédés employés par les sections spéciales de la justice française, sous prétexte de lutte anti-terroriste» et avait été condamnée pour délit de diffamation publique envers une administration publique. La Cour déclara la requête irrecevable par décision du 24 janvier 2008 au motif que, outre la gravité des propos et la voie choisie pour les diffuser, les propos litigieux, diffusés à l'extérieur de l'enceinte judiciaire, ne constituaient pas une «défense» au sens procédural, exercée devant un tribunal.

Dans un arrêt *Alfantakis c. Grèce* du 11 février 2010, la Cour dit injustifiée la condamnation d'un avocat qui avait, sur le plateau d'un journal télévisé, déclaré à propos du rapport du procureur : «Franchement, j'ai ri lorsque je l'ai lu.»

Dans une affaire *Gomes et Freitas c. Portugal* qui donna lieu à un arrêt du 29 mars 2011, deux avocats portugais avaient réagi à la critique d'un quotidien qui leur reprochait de s'être acharnés sur une juge d'instruction, accusée de corruption passive, et un homme accusé de corruption active. La Cour estime que même si «les intéressés réagissaient à un article – lui aussi virulent et pour le moins polémique – précédemment publié dans la presse, il ressort du texte litigieux que les requérants se prononçaient, sur un ton certes critique, sur une législation qui permettait le jugement séparé de coaccusés dans une affaire de corruption. L'article en question s'inscrivait donc dans le cadre d'un débat sur le fonctionnement de la justice, ce qui relève manifestement de l'intérêt général»⁴⁰.

En Belgique, c'est dans le *Codex deontologie* de l'*Orde van Vlaamse Balies* et dans le *Code de déontologie d'Avocats.be* que l'on trouve plusieurs dispositions spécifiques concernant les relations de l'avocat avec la presse. Les deux règlements disciplinaires rappellent notamment que lors de ses communications dans les médias, l'avocat n'est pas couvert par l'immunité de la plaidoirie⁴¹.

⁴⁰ § 47.

⁴¹ *Codex deontologie*, article III.5.2, 1.10; *Code de déontologie*, article 7.4. Le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne n'aborde pas la question des relations avec la presse.

Section 5

**La liberté d'expression de l'avocat et la publicité :
Me Pablo Casado Coca**

Est-ce parce que l'on s'appelle Me Coca qu'on a le droit de faire de la publicité pour son cabinet d'avocat alors que les règles déontologiques applicables l'interdisent ? La Cour européenne des droits de l'homme ne le pense pas.

À partir de 1979, un avocat espagnol, Me Pablo Casado Coca, passe régulièrement des annonces publicitaires dans divers journaux de Barcelone. Or la publicité lui est interdite à l'époque par les statuts de l'Ordre des avocats de Barcelone de 1947 et le décret royal n° 2090/82 portant statut général des avocats d'Espagne. Ces règles n'autorisaient la publicité que dans certains cas, au moment de l'installation d'un cabinet ou lors d'un changement de composition, d'adresse ou de numéro de téléphone, et sous certaines conditions⁴². Le Conseil de l'Ordre des avocats engage à quatre reprises des poursuites disciplinaires contre l'avocat, estimant que ses pratiques excèdent les limites autorisées. Elles débouchent en 1981 et 1982 sur des sanctions, à savoir deux blâmes et deux avertissements. Sur recours, le Conseil général des Ordres des avocats confirme les sanctions. L'intéressé saisit alors les juridictions ordinaires qui le déboutent. Le Tribunal suprême rejette le pourvoi. Me Coca introduit un recours d'*amparo* auprès du Tribunal constitutionnel. Celui-ci le déclare irrecevable.

Par arrêt du 24 février 1994, la Cour européenne estime qu'elle n'a pas lieu de douter que les dispositions ordinaires incriminées, interdisant aux avocats les annonces publicitaires, tendaient à protéger les intérêts du public dans le respect des membres du barreau. À cet égard, il faut tenir compte de la nature spécifique de la profession ; en sa qualité d'auxiliaire de la justice, un avocat bénéficie du monopole et de l'immunité de plaidoirie, mais doit témoigner de discrétion, d'honnêteté et de dignité dans sa conduite. Les limitations à la publicité trouvaient traditionnellement leur source dans ces particularités. Rien ne montre que l'intention du Conseil de l'Ordre, à l'époque, ne coïncidait pas avec le but reconnu de la législation. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminées.

Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression, mais elle va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur les normes pertinentes et sur

⁴² En 1991, la publicité sera permise aux avocats du barreau de Barcelone dans des conditions élargies.

les décisions les appliquant. Pareille marge d'appréciation s'impose spécialement dans le domaine complexe et fluctuant de la concurrence déloyale. Il en va de même de la publicité. La tâche de la Cour se limite donc à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées.

En Espagne et dans certains autres pays européens, des entreprises commerciales telles les compagnies d'assurances ne subissent pas de restrictions à la publicité de leurs services de conseil juridique, mais, de l'avis de la Cour, on ne saurait les comparer à un avocat exerçant à titre libéral. Son statut spécifique le place dans une situation centrale au regard de l'administration de la justice, comme intermédiaire entre le justiciable et les tribunaux, ce qui explique à la fois les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau et les pouvoirs de surveillance et de contrôle dévolus aux conseils des différents ordres.

Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu : les impératifs d'une bonne administration de la justice, la dignité de la profession, le droit de toute personne à recevoir une information sur l'assistance juridique et la possibilité pour un avocat de faire de la publicité pour son cabinet. Eu égard à ces considérations, la Cour estime que la réaction des autorités compétentes ne pouvait, à l'époque, passer pour disproportionnée au but recherché.

La Cour européenne des droits de l'homme a raison, la culture des barreaux change. La profession se marchandise de plus en plus dans un monde où le libéralisme, avant tout économique, impose des valeurs qui triomphent aisément de la discrétion et de la recherche de la justice. On ne s'étonnera pas dès lors que l'autorisation donnée aux avocats de faire de la publicité soit devenue la règle. Selon le Code de déontologie des avocats de l'Union européenne, l'avocat est autorisé à informer le public des services qu'il offre à condition que l'information soit fidèle, véridique et respectueuse du secret professionnel et d'autres principes essentiels de la profession. La publicité personnelle par un avocat, quel que soit le média utilisé tel que la presse, la radio, la télévision, par communication commerciale électronique ou autre, est autorisée dans la mesure où elle respecte ces conditions⁴³.

En Belgique, le *Codex deontologie* de l'Orde van Vlaamse Balies et le *Code de déontologie d'Avocats.be* énoncent des règles similaires en matière de publicité

⁴³ Article 2.6.

personnelle⁴⁴. L'avocat peut informer le public au sujet de son offre de services à condition que l'information donnée soit précise (*accuraat*) et qu'elle ne soit pas trompeuse, dans le respect du secret professionnel et des autres valeurs centrales de la profession. La publicité personnelle doit être mise en œuvre avec loyauté, dignité, délicatesse, probité et discrétion. Elle doit être sincère et respectueuse du secret professionnel et de l'indépendance de l'avocat. Les informations qu'elle fournit doivent se limiter à des éléments objectifs, susceptibles d'être appréciés et vérifiés par le conseil de l'Ordre ou le bâtonnier. Elle ne peut être trompeuse ni dénigrante et ne peut contenir de mentions comparatives. Est interdite toute publicité personnelle permettant d'identifier la clientèle de l'avocat ou de son cabinet ainsi qu'une ou plusieurs affaires traitées par lui. L'avocat ne peut davantage faire état du nombre d'affaires traitées, des résultats obtenus, d'un pourcentage de réussite, ni de son chiffre d'affaires. Il est interdit à l'avocat de fonder sa publicité personnelle directement ou indirectement sur des conditions financières de son intervention qui ne lui permettent pas d'offrir à ses clients une prestation de qualité, conforme à ses obligations de moyen ou de résultat. Dans le respect des règles déontologiques, dont celles sur la publicité, l'avocat peut ouvrir au public un site internet, qui est alors le prolongement de son cabinet. Les informations fournies au public sur le site internet de l'avocat doivent être exactes et tenues à jour en conformité avec la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, chapitre II⁴⁵. Le démarchage de clientèle est autorisé à certaines conditions.

Conclusion

Les législateurs ont peur des avocats. Plus ils sont autoritaires, et plus ils ont peur. Les magistrats continuent à subir la parole plus ou moins pertinente, plus ou moins agressive des plaideurs dont ils ne sauraient se passer dans cette étrange relation d'amour-haine qui les relie aux barreaux.

Les paradoxes de la profession d'avocat, et ses mutations, se reflètent dans les hésitations des lois, des jugements et des opinions relatifs à leur liberté d'expression.

Peu ont soutenu que celle-ci ne doit pas connaître de bornes. La parole est trop puissante pour que l'on puisse se permettre de ne pas la contrôler. La justice en a besoin, le droit est d'ailleurs essentiellement parole : parole de la norme, écrite

⁴⁴ *Codex deontologie, op. cit.*, section III.1.7; *Code de déontologie, op. cit.*, articles 5.1 à 5.9. Je n'aborde pas ici la question de la publicité fonctionnelle, c'est-à-dire celle qui promeut les services des avocats en général.

⁴⁵ *Code de déontologie*, article 4.11.

ou verbale, parole de l'exécutif qui ordonne, parole du juge qui dit le droit, parole du procureur qui requiert ou donne son avis, parole de l'avocat qui fait exister celui qui est le destinataire de la justice mais qui ne peut contribuer à la détruire.

La Cour européenne des droits de l'homme laisse ouvert l'espace de ces hésitations et de ces mutations à travers la doctrine de la marge d'appréciation et sa sage habitude de considérer les affaires au cas par cas tout en égrenant et en accumulant les motivations de principe.

Il semble pourtant que le champ de la liberté d'expression des avocats, dans les démocraties dont la Belgique fait partie, s'ouvre plutôt qu'il ne se referme, et qu'au total on puisse appeler cela un progrès de la justice.

Peut-être faut-il réintroduire la toque et reprendre l'habitude de voir plaider couvert ?